«ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني» *

إعداد

د. أسامة أحمد بدر •

ملخص البحث (القسم الأول) •

نتناول في هذا الجزء تحليل النصوص القانونية التي تهدف إلى استنتاج الضوابط القانونية الواجبة لحماية المشتري (المستهلك) أثناء تنفيذه لالتزاماته في ضوء تحليل النصوص القانونية الفرنسية التي تخاطب المشتري بوصفه مستهلكاً وواقع التطبيقات القضائية في هذا الصدد.

مقدمة عامة:

في عام ٢٠٠٢م بحثنا في حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني(١). وتناولنا ذلك في فصلين، حيث اقتصر الأول منهما على بيان فكرتي التجارة الإلكترونية والمستهلك، في حين خصصنا الفصل الثاني لكيفية إنشاء أو تكوين العقد الالكتروني، وتم ذلك في مبحثين، تناول الأول منهما الإيجاب الالكتروني، في حين تناول الثاني القبول الالكتروني.

* أجيز للنشر بتاريخ ٢٠٠٩/١/١١م.

• أستاذ القانون المدني المشارك بكلية القانون جامعة الإمارات.

• سوف ينشر القسم الثاني لهذا البحث في العدد القادم (٤١) يناير ٢٠١٠.

(١) أنظر: د. أسامة أحمد بدر "حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني" الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م، دار النهضة العربية.

وبان لنا اليوم، أن حق المشتري (المستهلك) في حاجة ضرورية إلى حماية آثار عقده مع البائع المهني، ومن ثم، آثرنا بحث موضوع "ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني" وذلك لسببين:

السبب الأول: ينم عن رغبة شخصية من جانبي لاستكمال ما سبق أن بحثناه، حيث لا يبقى بعد إنشاء أو تكوين العقد الالكتروني إلا تنفيذه، وقد فضّلنا عقد البيع الالكتروني لأنه النموذج العملي التطبيقي في هذا الصدد.

أما السبب الثاني: فيكمن في جملة النصوص القانونية الجديدة التي أوجدها المشرع الفرنسي سواء في التقنين المدني أو في تقنين الاستهلاك استجابة للتوجيهات الأوروبية في هذا اخصوص، وعلى الجانب الآخر نجد أن تشريعاتنا العربية على وجه العموم، والتشريع المصري على وجه الخصوص، تخلو في جلها من مثل هذه النصوص مما يبرر بحث هذا الموضوع(٢).

---

(٢) انظر المراجع الفرنسية الآتية:
V. TERRE (F.) et LEQUETTE (Y.): Les grands arrest de la Jurisprudence civile, Dalloz, 10 ed. 1994.; CALAIS- AULOY (J.) et STEINMETZ (F.): Droit de la consummation, 5 ed. 2000, Dalloz.; SAINT- ALARY- HOUIN (C.): Les contrats desiquilibres, these PUAM, 2000; GHESTIN (J.): Le utile et le Justice dans les contrats, D. 1982 chron. P. 1, Les obligations, vol. 1. le coontrat. L. G. D. J. paris, 1980, n 182; SAVATIER (R.): La vente de services" D. 1971, chron, p. 223 a p. 231; ATIS (CH.): Droit civil, précis elementalre de contrentieux contractual, PUAM, 200; VERBIEST (TH.): Le nouveau droit du commerce electronique preface de marc lolivier, L. G. D. J. 2005.; COEFFARD (P.): Garantie des vices caches et "responsabilite contractuelle de droit commun" L. G. D. J. 2005.; REBOUL (P.) et XARDEL (D.): "Le commerce electronique" ed. Eyrolles 1997.; TORRES (CH.): "L' internet et la vente aux consommateurs" universite de paris x- Nanterre, 1999.

١- ما بين النظرية العامة للعقود بوجه عام(١)، وتقنين الاستهلاك بوجه خاص(٢) وُجِد اليقين بأن حق المشترى (المستهلك)(٣) في حاجة إلى حماية آثار عقد بيعه الالكتروني(٤) مع البائع المهني، لا يضاد حق الإفراد في حرية إبرام ما يشاءون من العقود، وتحديدهم لقانون هذه العقود، مادامت توجد مساواة فعلية بين أطراف متكافئة.

(١) التي مازالت بمبادئها وقواعدها الحمائية ذات قيمة تساهم بدورها في إثراءِ تقنين حماية المستهلك... كل ما في الأمر – على حسب تعبير قضاء النقض الفرنسي قديماً – أن الرغبة في تحقيق العدالة العقدية توجب الأخذ في الحسبان باعتبارات الزمان والمكان والظروف التي تم فيها العقد، لأجل أن يتمكن القاضي من تعديل اتفاقات الأطراف المتعاقدة، وإحلال شروط عقدية جديدة محل ما اتفق عليه الأطراف المتعاقدة.

«Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraitre leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants (…..) »

V. Cass. Civ. 6 mars 1876, D. P. 1876, 1, p. 193, note: Giboulot;

TERRÉ (F.) et LEQUETTE (Y.): les grands arrêts de la Jurisprudence civile, Dalloz, 10e éd. 1994, p. 406.

ونستنتج من هذا القضاء، أن الإرادة مهما عظم من سلطانها فينبغي أن يكون ما تتوافق عليه مع إرادة أخرى في نطاق التلاؤم مع المصالح المادية للأطراف المتعاقدة، كصدى مباشر، وبرهان واقعي للعدالة العقدية. فقيمة التوازن العقدي تعلو على غلواء سلطان الإرادة وقتما تعبر عن حاجة مادية أو منفعة اقتصادية أحادية الجانب.

(٢) أقصد « تقنين الاستهلاك الفرنسي» كمحل لدراستنا المقارنة هنا بوجه خاص.... والمرجع الأساسي للدراسة هو:

V. CALAIS – AULOY (J.) et STEINMETZ (F.): Droit de la consummation, 5e éd. 2000, Dalloz.

فضلاً عن: التطورات التي لحقت ببعض نصوص مواده بمقتضى المراسيم (أو التوجيهات) الأوروبية والتي نفذها المشرع الفرنسي، وتيسر لنا الإطلاع عليها في «التقنين المدني الفرنسي»، طبعة Dalloz.

(٣) راجع: مبررات حماية المستهلك، من منظور قانوني وتقني، البحث الخاص بنا: «حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني»، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م، ص ٩٠ وما بعدها.

(٤) استجابة لما هو واقع راهن من «مسلمات عالمية» «postulats mondains» قوامها النظام الرأسمالي العالمي الجديد في بعدهِ الاقتصادي الذي لا يكشف لنا فقط عن منافع تتصارع مع منافع أخرى، بل يكشف لنا أيضاً عن مبادئ النظام الأنجلوسكونى التي تتصارع مع مبادئ النظام اللاتينى.

وبسبب عدم المساواة، وواقع انعدام التكافؤ، بين المشترى (المستهلك) والبائع (المهني)[٥] فلن يتحقق وجود لمبدأ العدالة العقدية[٦].

مما حث المشرع إلى وجوب التدخل لتأكيد حقيقة هذه العدالة – قبل أن تذهب أدراج الرياح عبر التقنيات الرمزية الحديثة – كنظر عقلي ومذهب موضوعي[٧].

٢- موضوع البحث وأهميته:

إن فلسفة وغاية تقنين الاستهلاك محلٌ لكل تفكير وتساؤل، ولاسيما فيما يتعلق بعقد من أهم وأوسع العقود نطاقاً في تطبيقات معاملاتنا اليومية، ألا وهو «عقد البيع».

(٥) ونتساءل: ماذا عسى أن تكون صلة القانون بهذا الموقف العقدي القانوني الجديد؟ وأعتقد أنه: ليس من شأن لفظي «المشترى» و«البائع» أن يربطنا بالنظرية التقليدية في الالتزامات والعقود في جملتيهما فحسب، بل إضافة صفتي «المستهلك» و «المهني» إليهما، يجعل هذه النظرية التقليدية تكتسب دالة جديدة بحسب طبيعة الموقف الجديد الذي تندمج فيه، ومعنى هذا بعبارة أخرى أن تغيير دالة الفكرة (أو وظيفتها) لابد من أن يقترن بتغيير مماثل في معناها (أو دلالتها)، أي دلالة جديدة للمحتوى العقدي.

(٦) رغم أن ثمة مبادئ ومسلمات استقرت عليها المدونات المدنية منها «افتراض التوازن في العقود» «les contrats sont présumés équilibrés.» وأن «كل ما هو عقدي.... عادل» «Qui dit contractuel, dit juste»
راجع:
V. SAINT – ALARY – HOUIN (C.): les contrats déséquilibrés, thèse, PUAM, 2000, no 1, p. 17.

(٧) فيما آل إليه تطبيق مبدأ سلطان الإرادة لفكرة قدرة الأطراف المتعاقدة على الدفاع عن مصالحها من إيجاد عقود غير متوازنة من حيث الموضوع، مما أوجب التدبر في مسألة جديدة هي «الاقتصاد العام للعقد» «L'economie générale du contrat».
وهذا ما غفلت عنه، النظرية التقليدية في الالتزامات، مما أوجب التدخل التشريعي بتقنين الاستهلاك.
راجع: قريب من هذا المعنى: V. SAINT – ALARY – HOUIN (C.): thèse précité, no 2, p.18.

هذا العقد الذي يتم في نطاق بحثنا عن بُعد. عبر الوسائل والتقنيات الإلكترونية الحديثة.

تلك التقنيات التي أصبحت بمثابة جزء لا يتجزأ من صميم تسيير واقعنا المعاصر.

وتحدد نطاق اختيارنا لآثار هذا البيع الالكتروني كمحل للتحليل القانوني في إطار «مبدأ العدالة العقدية». «Le principe de justice contractuelle»[٨].

٣- بيع الأشياء و «الخدمات»:

تقليدياً، يعرف البيع La vente في القانون الفرنسي بأنه: العقد الذي بمقتضاه يتعهد أحد طرفيه وهو البائع La vendeur بنقل ملكية شيء معين وتسليمه إلى المشترى L'acheteur أو المتملك L'acquéreur الذي يلتزم بدفع الثمن للبائع[٩].

---

(٨) راجع: الأستاذ: GHESTIN، وتفرقته بين «العدالة التوزيعية» و «العدالة التبادلية»، حيث يقرر بأن «العدالة التوزيعية»: «La justice distributive»
هي العدالة التي بمقتضاها يحصل كل فرد من أفراد المجتمع على حصته، بصورة متساوية ووفق كل طائفة من طوائف المجتمع وفى إطارها.
«أما العدالة التبادلية»: «La justice commutative»» فهي التي تعنينا هنا في مجال البحث عن حماية المشترى (المستهلك) بحسبانها «عدالة تصحيحية» «justice correctrice». حيث لا تدعو الحاجة إليها بحسب الأصل إلا وقتما يوجد في عقد ما، كعقد البيع الالكتروني عدم تساوٍ بين حقوق والتزامات كل من طرفيه.
V. GHESTIN (J.): L'utile et le juste dans les contrats, D. 1982, chron. P.1.
Les obligations, vol. 1. le contrat, L. G. D. J. , paris, 1980, no 182.

(٩) راجع:
«contrat par lequel l'une des parties, le vendeur, transmet la propriété d'une chose et s'engage à livrer celle – ci, à une autre, l'acheteur ou l'acquéreur, qui s'oblige à lui en payer le prix».
V. Vocabularie Juridique de L'Association Heneri Capitant, sous la dir. de CORNU (G.), PUF, 7e éd. 2005, v0 vente.
ومن الجدير بالذكر أن المادة ١٥٨٢ مدني فرنسي تحدده بصورة عامة غير دقيقة، بحسبانه الاتفاق الذي بمقتضاه يلتزم «أحد» بأن يسلم شيء، ويتعهد الآخر بأن يدفع له.

ويتحدد محل البيع – وفقاً للتعريف السابق – في «الأشياء» فقط، ولا يشمل «الخدمات» Les services، ورغم ذلك، لا تبدو فكرة بيع الخدمات بعيدة عن التقنين المدنى الفرنسي، فقد دافع العميد: SAVATIER عن هذه الفكرة، واعتبر الخدمات «كما الأشياء المالية». «comme un bien patrimonial».

ومن ثم، يمكن أن تكون محلاً لعلاقة مديونية، ولاسيما في نطاق «الالتزام بعمل». «une obligation de faire»[(١٠)].

«la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer.

Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé» Art. 1582. c. civ.

(١٠) وجاء في مقالة العميد: SAVATIER أن التدبر في نصوص التقنين المدني الفرنسي يوجد مجالاً بكل تأكيد لتصور «فكرة عامة للبيع» بحيث يمكن أن تضم «الخدمات»، رغم أن دقة اللغة القانونية تستعصى على توظيف هذه الكلمة في البيع، غير أن هذا على المستوى اللفظي فقط، وعلى أقل تقدير فإن استخدامها في البيع، كمحل له، وردت في الاتفاقيات الدولية، كالمادة رقم ٦٠ من معاهدة روما والمادة رقم ٥٠ من التوجه الأوروبي.

«il cite notamment l'article 60 du Traité de Rome, désormais article 50 de la version consolidée du Traité instituant la communauté européene».

ويكمن أساس شمولية البيع للخدمات – في تصوره – فضلاً عن أنها محل لحق مالى، أنه في نطاق عقد «السفر» أو الرحلة جزافاً.

du contrat de voyage à forfait

تكمن العقبة الأساسية في فعل البائع، بمعنى أن «وكالة السفر»

«L'agence de voyage»

لا تبيع الخدمات فقط التي تقدمها هي بنفسها ولكن أيضاً الخدمات التي يقوم الغير بتقديمها.

«فالبيع الجزافى» «La vente d'un forfit» سيتضمن في الواقع الخدمات المتنوعة:

كالنقل Transport

والإيواء hébergement

وإعادة المسافر restauration

.... الخ.... من خدمات تقدَّمُ من موردين مختلفين، مما يُوجدُ صعوبة قانونية حقيقية في تحديد المسئول وقتما لا يتم تنفيذ أحد هذه الالتزامات بشكل صحيح في هذا البيع الجزافي.

V. SAVATIER (R.): «La vente de services» D. 1971, chron, p. 223 à p. 231.

وفى رأينا: أن الخدمة هي كل أداء يمكن تقويمه نقداً، وإذا كان إصطلاح «المال» في القوانين الحديثة لا يقتصر على الأشياء فحسب بل يتناول الحقوق أيضاً، وأخاله يتناول كل ما يمكن تقويمه كسبب منشئ للمال، ذلك أن الأشياء والخدمات لا يؤبه بها في ذاتها إلا باعتبارها أسباباً منشئة للأموال، أي كعناصر للثروة الخاصة للإنسان، مادام في الإمكان تقويمها.

٤- ولئن كان موضوع بحثنا هو محاولة لتجنب بعض المشكلات القانونية القائمة بصدده، إلا أن الحلول التي قررها الفقه القانوني لم تزل بعد باقية، وستظل باقية دوماً[(١١)]. كل ما في الأمر، أن هذه المشكلات قد تطورت،

راجع في تفصيلات ذلك، مؤلفنا: «حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني». مرجع سابق، ص ٨٠ وما بعدها.

(١١) راجع في الفقه المصري على سبيل المثال ما يلي:
د/ محمد على عمران: الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دراسة فقهية قضائية في فرنسا، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٠.
د/ محمد كامل مرسى: العقود المسماة، الجزء السادس، عقد البيع وعقد المقايضة، سنة ١٩٥٣.
د/ نبيل إبراهيم سعد: العقود المسماة، عقد البيع، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠٠٤.
د/ نزيه محمد الصادق المهدى: الالتزام قبل التعاقدى بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية، طبعة سنة ١٩٩٠، الناشر، دار النهضة العربية.
د/ محمد شكرى سرور: موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨٦.
د/ حسين عبد الباسط جميعى: حماية المستهلك (الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك)، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٦.
و أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العق، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٠.
د/ محسن البيه: حقيقة أزمة المسئولية المدنية ودور تأمين المسئولية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، سنة ١٩٩٣م.
د/ حمد الله محمد حمد الله: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربى، القاهرة، سنة ١٩٩٧م.
و «مختارات من كتاب قانون الاستهلاك الفرنسي، «ترجمة»، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٠م.
د/ حمدي عبد الرحمن: نحو نظرة جديدة إلى مدخل الدراسة القانونية المقارنة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثانى، السنة ١٧، يوليو ١٩٧٥م، من ص ٨٠١ إلى ص ٨٨٨.
د/ طلبة وهبة خطاب: مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٥.
و المسئولية المدنية لناقل الأشخاص بالمجان، دراسة قضائية مقارنة، دار الفكر العربى.
د/ عبد الناصر توفيق العطار: مصادر الالتزام، سنة ١٩٩٠م.
د/ نبيلة إسماعيل رسلان: عقد البيع، دار النهضة العربية، ١٩٨٨ – ١٩٨٩م.
د/ منصور مصطفى منصور و د/ جلال محمد إبراهيم: النظرية العامة للالتزام، القسم الأول، مصادر الالتزام، سنة ٢٠٠١/٢٠٠٢م.
د/ سليمان مرقس: العقود المسماة، المجلد الأول، عقد البيع، الطبعة الرابعة، سنة ١٩٨٠م، عالم الكتب.
د/ سليمان مرقس مع د. محمد علي إمام: عقد البيع في التقنين المدني الجديد، القاهرة ١٩٥٢-١٩٥٣م.

وتتطور باستمرار في ظل التعاقد الالكتروني عن بعد، مما ينبغي أن تتغير معها حلولها، وإلا ما كان المشرع بحاجة إلى إيجاد تشريع مستقل لحماية المشترى (المستهلك).

٥- منهج البحث:

من منطلق اعتقادنا بأن تحقيق مبدأ العدالة العقدية ليس بالضرورة مجرد نتيجة لضرب من «الحساب النفعي»، حاولنا تلمس آيات تطبيق هذا المبدأ في آثار البيع الالكتروني، بأسلوب تحليلي لما أوجده النص القانوني من مستجدات الأحكام، وما أبدعه القضاء الفرنسي من حلول دفعت المشرع دفعاً إلى التدخل بالنص.

كل ذلك، في إطار الدراسة المقارنة بين القانونين المصري والفرنسي كحثٍ لمشرعنا المصري على المبادأة في إيجاد نصوص قانونية تخاطب المشترى بصفته مستهلكاً، ومن ثم، تقصده الحماية القانونية أصلاً ووصفاً.

د/ عبد الفتاح عبد الباقى: محاضرات في العقود، الجزء الثانى، عقد البيع، سنة ١٩٥٦م.
د/ محمد لبيب شنب: شرح أحكام عقد البيع، سنة ١٩٦٢م.
د/ حسن عبد الباسط جميعى: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠م.

٦- خطة البحث:

ينبنى على ما تقدم، تقسيم هذا البحث إلى فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول : حماية المشترى أثناء تنفيذه لالتزاماته

المبحث الأول: أسباب الحاجة إلى حماية المشترى (المستهلك).

المطلب الأول: واقع عدم المساواة بين البائع (المهني) والمشترى (المستهلك).

المطلب الثانى: نحو توازن عقدي في عقد البيع الالكتروني،

المبحث الثانى: الحماية الوقائية للمشترى (المستهلك).

المطلب الأول: ضمان تأكيد شروط العقد وأحكامه.

المطلب الثانى: ضمان عدم إذعانه لشروط تعسفية.

المطلب الثالث: حظر بيع الأدوية والمنتجات الصيدلانية عبر الخط.

المبحث الثالث: ضمان حماية المشترى في وفائه بالثمن.

المطلب الأول: طرق أو (وسائل) الدفع عبر الخط.

المطلب الثانى: نحو أمان الوفاء بالثمن عبر الخط.

الفصل الثاني: ضوابط تنفيذ البائع (المهني) لالتزاماته

المبحث الأول: الالتزام بالتسليم.

المطلب الأول: زمان التسليم.

المطلب الثاني: كيفية التسليم.

المطلب الثالث: تأكيد المطابقة.

المبحث الثاني: الالتزام بضمان السلامة.

المطلب الأول: السلامة في ضوء التسليم المطابق.

المطلب الثاني: السلامة كالتزام مستقل بذاته.

المبحث الثالث: الالتزام بالضمان.

المطلب الأول: ضمان عدم التعرض والاستحقاق.

المطلب الثاني: ضمان العيوب الخفية.

المطلب الثالث: خصوصية ضمان البائع المهني.

هذا وسوف نتناول القسم الأول وعنوانه" **حماية المشتري أثناء تنفيذه لالتزاماته** "الفصل الأول" على النحو الآتي:

الفصل الأول
حماية المشترى أثناء تنفيذه لالتزاماته

٧- تحديد وتقسيم:

إن التفكير المنهجي في مبدأ المساواة(١٢) في قانون العقود يقود تطبيقه بالضرورة إلى تحقيق العدالة(١٣) العقدية.

وآثرنا البحث عن ضمانات حماية المشترى أثناء تنفيـذه لالتزاماتـه، لأن القواعد الحمائية في تقنين الاستهلاك تهدف من بين ما تهـدف إلـى حمايـة المستهلك (المشترى أو غيره) حتى من نفسه هذا من جانب.

(١٢) «le principe d'égalité»: عنوان، اتخذه الباحث: BERTHIAU منهجاً للبحث في أطروحته لنيل درجة الدكتوراه في القانون في سنة ١٩٩٩. وقرر في المقدمة بأن لفظة «المساواة» يصعب تحديد معناها بطريقة موحدة unitaire ومجردة abstraite، لأنها من الصعوبة بمكان أن نفصلها عن سياق تطبيقها، فثمة تطبيقات عديدة لها سواء في علم الرياضيات والجبر..... فضلاً عن المساواة بين بنى الإنسان، «مساواة في الحقوق» égalité en droits، وفى الواجبات.... الخ... ولكن كيف تتحقق المساواة في قانون العقود؟

V. BERTHIAU (D.): le principe d'égalité et le droit civil des contrats. Préface de jean – louis sourioux, L. G. D. J. 1999 no 5, p. 3.

وفى رأينا: أن مبدأ المساواة في العقود يعنى تقويم وتعديل آثار كل عقد، وجعلها سوية. وفى اللغة يقال ساوى بينهما أو سوى بمعنى أن يكون كل من المشترى (المستهلك) والبائع (المهني) في مركز قانوني متساو من حيث التماثل والتعادل بين التزامات كل منهما فينبغي أن يتساويا (أي يتماثلا ويتعادلا) في الحقوق والواجبات ليقال أنهما في مركز قانوني واحد متماثل ومتعادل.

(١٣) «والعدالة» هي إحدى الفضائل الأربع التي قال بها الفلاسفة من قديم، وهى الحكمة، والشجاعة، والعفة، والعدالة. «والعدل»: هو الإنصاف، وهو إعطاء المرء ما له وأخذ ما عليه.

راجع: المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، مجمع اللغة العربية، سنة ١٩٩٢، باب (ع)، ص ٤٠٩.

وفى العدالة العقدية أنظر:

V. GHESTIN (J.): L'utile et le juste dans les contrats op. cit. P.1.

ومن جانب آخر، فإن المساواة – كما يقرر البعض – تفترض مقارنة وثباتاً في آن واحد[١٤].

فبدون المقارنة «la comparaison» كيف نتحقق من التعادل بين حقوق وواجبات كل من المشترى (المستهلك) والبائع (المهني)؟

وكيف نحكم بوجود تماثل وتطابق identité ينبئ عن تكافؤ المركز القانوني لكل منهما لدرجة القول «بوحدة هذا المركز القانوني».

ومن هنا يتسنى القول بوجود توازن équilibre على أسس واقعية.

وفى ذات الوقت يتحقق الثبات كأثر لما سبق، وآيته التوافق والانسجام بين مركز كل من المشترى والبائع في ضوء مطابقة القواعد، وأن يتم ذلك بانتظام.

٨- وعلى هدى ما تقدم، حددنا أفكار هذا الفصل في ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: أسباب الحاجة إلى حماية المشترى (المستهلك).

المبحث الثاني: الحماية الوقائية للمشترى (المستهلك).

المبحث الثالث: ضمان حماية المشترى في وفائه بالثمن.

---

(١٤) راجع:
«L'égalité suppose une comparaison ou une constance. En temps que comparaison, elle est équation, identité, équilibre. comme constance, elle est régularité, uniformité»
V. BERTHIAU (D.): thèse précité, no 5, p. 3.

المبحث الأول
أسباب الحاجة إلى حماية المشترى (المستهلك)

٩- تحديد وتقسيم:

على الرغم من الفارق الذي يفصل المفهوم الجزئي للمستهلك عن مفهومه الكلي كمشترٍ، إلا أن ثمة مصدراً قانونياً واحداً يربطه بالبائع المهني ألا وهو «عقد البيع الالكتروني».

ومن هنا فإن هذا المفهوم الجزئي قد أصبح يختلط بالمفهوم الكلي.

وفكرة عدم المساواة الواقعية بين كل من المستهلك والمهني تقود بالضرورة إلى عدم توازن عقدي بينهما.

١٠- ومن ثم، قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: واقع عدم المساواة بين البائع (المهني) والمشترى (المستهلك).

المطلب الثاني: نحو توازن عقدي في عقد البيع الالكتروني.

المطلب الأول
واقع عدم المساواة بين البائع المهني والمشترى (المستهلك)

١١- إن المساواة l'égalité بين البائع والمشترى ليست شرطاً لصحة البيع، وليست في ذات الوقت هي الموقف الطبيعي بين الطرفين، ولم تكن أبداً كذلك، فالمألوف هو أن يوجد أطراف التعاقد في موقف غير متساوٍ(١٥).

---

(١٥) راجع في هذه الرؤية الواقعية:

فالبائع يتفاوض إلكترونياً مع كل من يرغب في شراء منتجه، وتلك مسألة عادية banale ومألوفة ordinaire بالنسبة له، فمصلحته ستظل دوماً قائمة ومتحققة، لأنه لا يؤدى عملاً طارئاً ومستعجلاًelle ne subit aucune urgence، وكل احتمالات التعاقد يكون مستعداً لها بمقتضى ممارسته اليومية على وجه الاعتياد والحرفة بغرض تحقيق الربح، فهو بالضرورة مهني «محترف»(١٦).

أما المشترى، فهو شخص في الغالب غير محترف يريد تلبية احتياجاته أو احتياجات أسرته، فهو في حاجة إلى التعاقد للحصول على المنتج أو السلعة، ومن ثم سيتعاقد ويجد نفسه مرتبطاً ومتعهداً ببيع ومعاملات ليست له خبرة بصددها، ويتغاير وضعه الواقعي في هذا الإطار من حيث عناصر عديدة، كقدرته المالية، والنفسية، والاختصاص، والعلم، ومدى الدراية الكافية بما أقدم عليه من شراء..... الخ... من جملة عوامل متغيرة، تختلف بالضرورة من شخص إلى آخر، وبالجملة مسائل ذات درجات متباينة، ومن الصعوبة أن يقدرها القاضي؛ لأنها تخرج عن كل فكر النظرية العامة في الالتزامات(١٧).

V. ATIS (CH.): op. cit, no 297, p. 255 qui disait: «l'égalité des parties ne saurait être ni une condition de validité du contrat, ni même la situation normal; elle ne l'a jamais été. 1l est habituel qu'elles soient en positions inégales».

(١٦) راجع في نفس المعنى:

V. ATIS (CH.): op. cit. no 297, p. 256.

(١٧) أنظر المرجع السابق.

١٢- ونتساءل: هل حالة «عدم المساواة» تبرر نفسها بنفسها؟ وهل للقانون دور في وجود الرابطة العقدية التي تستقيم مع فلسفة النظرية العامة للالتزام ولاسيما في نطاق العقود؟

قدرها البعض «بالأزمة» «la crise» التي تكمن في «التصور الفردي الليبرالي للعقد»، وهو التصور الذي ليس له اليوم نطاقٌ محدودٌ عما كان عليه الوضع في القرن التاسع عشر، ويرجع ذلك إلى الحرية المتطورة مع التغيرات الاقتصادية[١٨]، أو التحولات الاقتصادية في ظل التكتلات الكبرى ووجود الشركات العابرة للقارات والتي تتحكم في اقتصاد السوق وما أطلق عليه «العولمة».

وتتحدد الترجمة القانونية لذلك في مبدأ سلطان الإرادة[١٩]، ويرصد البعض أنه في نهاية القرن التاسع عشر كان ثمة سلطان للإرادة في النطاق الواسع للوقائع القانونية تحدد في مبدأ سلطان الإرادة الفردية مع التحفظ بوجود حصر ضيق لهذا السلطان، ومهما يكن من أمر فقد كانت الحرية العقدية تحدد الحقوق والالتزامات، وتملك تعديل محتواها[٢٠]. وبعد سنوات عديدة لم يعد ثمة مجال للتحدث عن هذا السلطان، وتم انتقاد هذه الحرية مما أوجد أثراً في مبدأ سلطان

(١٨) V. JAMIN (CH.):et MAZEAU(D.) La nouvelle crise du contrat? Ed Dalloz 2003 p.8.

(١٩) راجع:
V. BÜRGE (A.): «Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral, R. T. D. C. , 2000, p. 1 – 24.

(٢٠) أنظر:
V. GENY (F.): Méthode d'interprétation et sources en droit positif. ESSAI CRITIQUE, CHEVALIER – Marescq & cie, 1899, p 169 – 170.

الإرادة، بحيث تم تغليب النظام الاجتماعي على النظام الفردي، وهنا ظهر التساؤل عن العلاقة بين القانون والعقد، وإلى الآن يؤدى القانون «دوراً جوهرياً سلبياً». «un rôle essentiellement négatif».

حيث تكمن وظيفته في حماية الحرية الفردية، وآية ذلك ما تقرره المادة ١١٠١ من التقنين المدني الفرنسي وما يليها[٢١].

١٣- وليس تبيان ما سبق من قبيل «الترف القانوني» فهو في رأينا جوهر الإشكالية الخاصة ببحثنا عن إيجاد ضوابط حقيقية تحمى آثار البيع الالكتروني، ذلك أن عقد البيع رضائي، وتحدد إرادات الأطراف بنوده، وما سردناه عن فلسفة ومبدأ سلطان الإرادة، والعلاقة بين القانون والإرادة ليس سوى تقدمة تقودنا إلى استنتاج استفهامي يتمثل في مدى قدرة القانون على التداخل الفعال في حماية عقد البيع الالكتروني؟

---

(٢١) راجع:
V. CARBONNIER (J.): Droit et passion du droit sous la ve République, Flammarion, 1996. p. 177.
والذي يعتقد، أن المادة رقم (٦) فقط من التقنين المدني الفرنسي، يستفاد منها «مبدأ الحرية العقدية» وكأنه مخالفة القانون.... مما يعنى في تصوره أنه «في غياب قانون من هذه الطبيعة، فتكون الحرية هي التي تصنع القانون».
«qu'en l'absence d'une loi de cette nature, c'est la liberté qui fait loi»
ونص المادة (٦) من التقنين المدني الفرنسي محل التعليق هو:
«Qn ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs».
«أي عدم قدرة الاتفاق على ما يخالف القوانين التي تتعلق بالنظام العام والآداب العامة».

المطلب الثاني
نحو توازن عقدي في عقد البيع الالكتروني

١٤ – تحديد:

هل يعد عقد البيع في الواقع القانوني المعاصر وكأنه يظهر إلى الوجود للمرة الأولى لا لشيء سوى وجود اتجاه يمتد شيئاً فشيئا نحو حماية المشترين؟ ربما تصطدم – في رأينا – صيغة هذا التساؤل مع ثبات النظام القانوني للعقود الذي يحكم عقد البيع. غير أن التساؤل تثار أهميته وواقعيته، وبكل قوة، وقتما نستبدل كلمة المشترين ونحل محلها كلمة «المستهلكين»؟!

ولئن كانت الشريعة العامة للعقود، ومنها عقد البيع تتسم الآن بالتقليدية، إلا أنه مازالت تجد مجال تطبيقها فيما يتم من عقود بيع كل لحظة بين المهنيين «أو المحترفين» أنفسهم، أو بين الأفراد الطبيعيين قبالة بعضهم البعض.

أما مجرد التغيير في صفة المتعاقد وقتما لا يكون المتعاقد معه يتصف بنفس الصفة، بمعنى أكثر تحديداً، وقتما يتم عقد البيع بين «مهني» و «مستهلك كفرد عادى»، فعندئذ يخضع العقد لنظام قانوني مختلف أوجده تقنين الاستهلاك، لهذا الشكل العادي من التعاقد مراعاة منه لصفة من يتعاقد كأن يكون – كما سبق القول – أحدهما بائع مهنياً (محترفاً) والآخر فرداً طبيعياً (مستهلكاً).

١٥– ومن ثم، يثور تساؤل عن سبب هذه الخصوصية؟ ومن المنطقي أن تكون الإجابة هي رغبة المشرع في حماية المستهلكين...... لماذا؟

بسبب عدم وجود توازن حقيقي بين الطرفين المتعاقدين سواء من حيث القوة الاقتصادية أو المعلوماتية. لاسيما وأن عدم التوازن يتفاقم تستراً وراء التقنيات الإلكترونية التي تتطور يوماً بعد يوم في ظل ثورة تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، ومن ثم، يوجد بالفعل عدم توازن... فما هو السبيل إذن إلى تحقيق توازن عقدي بين المتعاقدين غير المتكافئين اقتصادياً ومعلوماتياً؟

رُئي أن هذا التوازن لن يتحقق إلا بالتدخل من قبل المشرع، لاسيما وأن النظرية العامة للالتزام، وقانون العقود لم تكن وليدة فلسفة تشريعية تأخذ في حسبانها القوة الاقتصادية بين الأطراف المتعاقدة بحسب الأصل(٢٢) بل انطلقت من: «مبدأ سلطان الإرادة».

فالإرادة هي أساس القانون وأساس العقد(٢٣) فالعقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين(٢٤).

(٢٢) أنظر البحث الخاص بنا عن «حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني» «في مرحلة تكون العقد» مرجع سابق، ص (٩٢) وما بعدها.

(٢٣) في ظل سلطان كامل للإرادة الفردية، فالإنسان حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، ولا أهمية لشكل العقد مادامت الإرادة موجودة، وينظر إلى محتوى العقد من منظور توافقه مع مصلحة طرفيه، ولا وجود إذن لأدنى أثر لاقتصاد العقد وتوازنه الموضوعي.
وتنامي فارق القوة الاقتصادية لدرجة جعلت التفاوض بين المتعاقدين هباءً منثوراً، فالأقوى اقتصادياً يفرض شروطه على الطرف الضعيف الذي يضطر إلى قبول هذه الشروط التي ليست عادلة بالنسبة إليه، وهكذا انتشرت عقود الإذعان، ولم يملك القضاء إلا محاولة تحقيق عدالة عقدية من طريق ما يقدر عليه من تفسير لشروط العقد.
ثم يرصد – البعض – بدايات الحد من مبدأ سلطان الإرادة بإصدار قانون العمل وقانون التأمينات، ثم قانون الاستهلاك في السبعينات، مما أدى إلى تقييد مبدأ سلطان الإرادة، وتجلى ذلك في ثلاثة مظاهر هي:
أولاً: لم تعد هناك دائما حرية تعاقد، بل وجدت عقود مفروضة.
ثانياً: أصبح شكل العقد في الغالب منظماً حماية للطرف الضعيف.

المبحث الثاني
الحماية الوقائية للمشترى (المستهلك)

١٦- تحديد وتقسيم:

لا ينبغي الاعتقاد بأن بحثنا عن حماية وقائية للمشترى المستهلك يرتد إلى الشكل وليس المضمون. ذلك أن الفروق القائمة بالفعل بين كل من البائع (المهني) والمشترى (المستهلك) توجب حماية هذا الأخير حتى من نفسه.

وحاولنا، تبيان هذه الحماية الوقائية من طرق عدة، سواء بتأكيد تنفيذ المهني لالتزامه بالنصح للمستهلك، أو بضمان تأكيد شروط وأحكام العقد على المستوى التقني، أو من طريق أخير ألا وهو تأمين عدم خضوع المستهلك وإذعانه لشروط تعسفية في إطار المقولة الذائعة الصيت في علم الطب بأن «الوقاية خير من العلاج».

فضلاً عن ضمان تأكيد الحفاظ على صحة المستهلك من طريق حظر بيع الأدوية والمنتجات الصيدلانية عبر الإنترنت.

ثالثاً: أصبح محتوى العقد نفسه توجهه أحكام آمرة.
ومهما يكن من أمر، فإن معظم العقود تبقى إلى اليوم في نطاق فكرة الحرية التعاقدية، رغم ما أوجده القضاء الفرنسي من رقابة مرنة على مضمون العقد، وإحاطته بهذا المضمون أكثر من الإحاطة الجامدة به من قبل القانون.
وانطلق فكر هذه الرقابة بالارتكاز على مبادئ جديدة، كالمساواة العقدية والتوازن العقدي... الخ.....

V. BÉNABENT (A.): Droit civil «les obligations» Montchrestien, 2004.

(٢٤) أو للأسباب التي يحددها القانون... راجع: نص الفقرة الأولى من المادة (١٤٧) مدني مصري.

١٧- وعلى هدى مما تقدم، قسمنا هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: ضمان تأكيد شروط العقد وأحكامه.

المطلب الثاني: ضمان عدم إذعان المشترى (المستهلك) لشروط تعسفية.

المطلب الثالث: حظر بيع الأدوية والمنتجات الصيدلانية عبر الإنترنت.

المطلب الأول
ضمان يقين المشترى بمضمون بنود العقد.

١٨- تحديد وتقسيم:

نتناول هذا الضمان في فرعين على النحو التالى:

الفرع الأول: الالتزام بالنصح أو « بتقديم المشورة ».

الفرع الثاني: ضمان ثبات شروط العقد وأحكامه على المستوى التقني.

الفرع الأول
الالتزام بالنصح أو «بتقديم المشورة»

١٩- فرض المشرع الفرنسي الالتزام بالنصح[٢٥] أو بتقديم المشورة «l'obligation de conseil» على عاتق البائع المهني بمقتضى نص المادة (١ – L.١١١) من تقنين الاستهلاك[٢٦] وهو الالتزام الذي يتجاوز مجرد الإعلام[٢٧].

(٢٥) وفى اللغة: نصح لفلان الود أو المشورة أي أخلص له وأرشده إلى ما فيه صلاحه و «النصح» هو «إخلاص المشورة» و «النصيحة» قول فيه دعوة إلى صلاح ونهى عن فساد.... راجع: المعجم الوجيز: صادر عن مجمع اللغة العربية، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم سنة ١٤١٣ هـ ١٩٩٢ م، ص ٦١٨.

(٢٦) التي توجب على كل المهنيين البائعين للأشياء أو مقدمي الخدمات قبل تمام العقد أن يضعوا المستهلك في نطاق معرفي كامل بالخصائص الجوهرية للشيء أو الخدمة.

وهو بحكم طبيعته القانونية التزام ببذل عناية، حيث لا يملك البائع المهني قرار المشترى (المستهلك)، مما يفرض – بحسب الأصل – على هذا الأخيـــر عبء إثبات إقامة الدليل على عدم تنفيذ البائع المهني له، أو تنفيذه على وجـــه غير مكتمل.

وبسبب الصعوبات التي تكتنف إقامة الدليل على واقعة سلبية، قد لا يتيسر للمشترى (المستهلك) هذا الإثبات(٢٨)، ولا ينبغي أن يكون الحل فيمـــا قـــرره قضاء النقض الفرنسي بقلب عبء الإثبات على عاتق البـــائع المهنـــي(٢٩) وإن

«Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaitre les caracteristiques essentielles du bien ou du service».

[L. no 92 – 60 du 18 Janv. 1992, art 2, al. 1er].

Art. (L. 111 – 1) code de la conssommation.

(٢٧) ذلك أن مضمونه يقتضى من البائع المهني بذل عناية أكبر متضمناً المشورة بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل، أي باتخاذ إجراء معين لبدء تشغيل المنتج، أو التحذير من المخاطر الجسيمة التي قد تترتب عند اتخاذ إجراء آخر..... الخ.... ابتغاء تحقيق أمان كامل للمستهلك وقت اقتنائه للمبيع، أو وقت وصول الخدمة إليه راجع:

V. LE TOURNEAU (PH.): «Les professionnels ont – ils du coeur » ? D. 1990, chron. P. 21 et 22.

وفى الواقع: يهدف هذا الالتزام إلى مساعدة المستهلك في كيفية استخدام المنتجات التكنولوجية المعقدة.

راجع في الفقه الفرنسي:

V. HUET (J.): «Les modifications du droit sous l'influence de l'informatique» JCP 1988, 1, 3095.

وفى تطبيقات القضاء الفرنسي:

V. cass. civ. 1er, 18 mars 1981: Bull. civ iv, no 206, p. 162.

(٢٨) راجع في هذا المعنى:

V. LE TOURNEAU (PH.) et CADIET (L.): Droit de la responsabilité, Dalloz. 2000, p. 185.

(٢٩) أنظر:

V. Cass. civ. 1er, 25 Févr. 1997 RTD civ. 1997, p. 434, obs.: JOURDAIN (P.).

وفقاً للتفسير الجامد لنصوص المواد ١٣١٦ و١٣١٦/١ و١٣١٦/٢ و١٣١٦/٣ و ١٣١٦/٤ من القانون المدني الفرنسي.

كانت الواقعة المادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، إلا أن الأمر في رأينا يتعلق بالشروط التي يتضمنها عقد البيع عن بعد منذ البداية، بحيث لن يعدم البائع المهني الوسيلة، بأن يحدد في إيجابه مضمون تنفيذه لهذا الالتزام، ومن ثم، يقبل المستهلك العقد، بكل بنوده، بما فيها تنفيذ البائع لمضمون التزامه بالنصح[٣٠].

الفرع الثاني
ضمان ثبات شروط العقد وأحكامه على المستوى التقني

٢٠- إن ثمة اعتبارات تقنية نوعية تتعلق بعقد البيع الالكتروني بصفة خاصة، وقد أدرك المشرع الفرنسي أهميتها، ولاسيما فيما يتعلق بوجوب تأكيد المعلومات والبيانات التي يستقبلها المستهلك على شاشة حاسبة الالكتروني، حيث أوجبت المادة (L 121 – 9) من تقنين الاستهلاك الفرنسي وجود «دعامة ثابتة ومستديمة» «support durable» تحفظ هذه البيانات[٣١].

---

(٣٠) لاسيما وأن الكتابة على الدعامة الإلكترونية لها نفس قوة وحجية الكتابة على الدعامة الورقية من حيث الإثبات.
راجع: نص المادة (٣ – ١٣١٦) مدني فرنسي وما سبقها من مواد، تم إضافتها بمقتضى قانون ١٣ مارس سنة ٢٠٠٠.
«L'ecrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier». Art. 1316 – 3 [L. no 2000 – 220 du 13 mars 2000] C. civ Française.

(٣١) راجع صدر هذه المادة كما يلي:
«Le consomateur doit recevoir, par écrit ou sur autre support durable á sa disposition, en temps utitle et au plus tard au moment de la livraison …… etc……»
V. Art. (L. 121 – 19) c. consom.
ومن الجدير بالذكر: أن فكرة «الدعامة الثابتة» لم يتم تحديد المقصود بها، لا في مرسوم ٢٣ أغسطس سنة ٢٠٠١، أو مرسوم ٦ من يونيو سنة ٢٠٠٥م.
غير أن المادة ٢ – F من المرسوم الخاص بالخدمات المالية عن بعد – والذي استخدم نفس المصطلح ألا وهو «الدعامة الثابتة – قد حددها بقوله أنها كل جهاز أو آلة تسمح للمستهلك بأن يخزن stocker المعلومات أو البيانات التي قد أرسلت إليه شخصياً، بطريقة تسمح له بأن

فيجب أن يستقبل المستهلك كتابة «par écrit» أو على دعامة ثابتة أخـــرى «ou sur un autre support durable»، في محل إقامته، وفى وقت تبادل الرســـائل أي وقت التعاقد ذاته، وكحد أقصى في لحظة التسليم، تأكيداً بكـــل المعلومـــات والبيانات الخاصة بالعقد وبتنفيذه بكل دقة، ولاسيما البيانات الإلزامية الـــواردة في أرقام من (١) إلى (٤) من المادة (L. 121 - 18) من تقنين الاستهلاك(٣٢).

٢١- وهذا «الالتزام بالتأكيد»«l'obligation de confirmation» الواجب قانوناً على المهني – لم يصنع له المرسوم (أو التوجيه)(٣٣) جـــزاءً مـــدنياً خاصـــاً، واكتفى بأن موظفي الإدارة العامة لشئون المنافسة والاستهلاك وقمـــع الغـــش

ينقلها بسهولة أو يخزنها، ويمكنه استرجاعها مستقبلاً خلال زمان يتوافق مع الغاية من المعلومة، فضلاً عن إمكانية نفسها، كنسخة مطابقة للأصل بعد أن يقوم بتخزينها.
وبناء عليه:
فإن «الدعامة الثابتة» من الضمانات التقنية التي توفر – في رأينا – الأمان القانوني للمستهلك، لاسيما في ضوء:
١- ثباتها: «La stabilité»
٢- تخزينها: «stockage»
٣- سهولة قراءتها: «La lisibilité»
٤- إمكان نسخ: «نسخة منها مطابق للأصل»

«l'inaltérabilité» «reproduction exacte»

V. DEMOULIN (M.): La notion de «support» durable dans les contrats à distance: une contrefacon de l'écrit?: Revue européenne de droit de la consummation 4/2000 p. 363 – 365.

(٣٢) راجع:

V. (L. 121 – 18) c. consom.

وكما يضيف البعض – وبحق – يجب أن تكون المدة اللازمة لحفظ المعلومات متناسبة مع نوع العقد وطبيعته، وأن يتم تقدير معقوليتها من عدمه في ضوء التوافق المنطقى مع التقادم الخاص برفع الدعاوى العقدية.

V. VERBIEST (TH.): La protection juridique de cyber – consommateur، Litec, Éd. du juris – classeur 2002, no 163, p. 81.

(٣٣) راجع:

V. La directive no 98 – 34 – CE du parlement européen et du conseil du 22 Juin 1998. JOCE no L. 204, 21 Juin 1998, mod. Par dir. no 98 – 48 – CE. JOCE noL 217, 5 août 1998, p. 18.

(DGCCRE)[٣٤] تتولى مراقبة تنفيذه، وتقوم بتسجيل حالات عدم تنفيذه أو التراخي في تنفيذه، هذا بالطبع مع احتفاظ المستهلك بحقه في فسخ العقد أو التعويض عن الأضرار والفوائد التي تلحق بها.

٢٢- والاستثناء الوحيد الخاص بالالتزام بالتأكيد يتعلق بالخدمات التي يتم توريدها لمرة واحدة بوسائل تقنية (الكترونية) من خلال الشبكات (الاتصال عن بعد)، ويتم تحديد ثمنها من الطريق الالكتروني ذاته[٣٥]. ورغم هذا الاستثناء المبرر- بسبب الخاصية الإلكترونية لهذه الخدمات، حيث إنها ما أن يقوم المورد (المهني) ببثها عبر الإنترنت إلا وتفض الأحكام الخاصة بها، ولا تعنى المعلومات الخاصة بها شيئاً مذكوراً، حيث إن المستهلك لن يدرك حقيقتها الإلكترونية إلا بعد أن يستقبلها بالفعل على شاشة - وفى ذاكرة - حاسبه الالكتروني - إلا أن المشرع أوجب على المهني أن يرسل للمستهلك العنوان

---

(٣٤) وهى الأحرف الأولى من هيئة « الإدارة العامة للمنافسة الخاصة بالاستهلاك»
La Direction général de la Concurrence, de la Consomation et de la Répression des Fraudes
«ويقوم رجال هذه الإدارة بمهمة تعقب المخالفات لتنظيم المنتجات والخدمات، وضبط ذلك، ويتمتعون بسلطات حددها مرسوم ٢٢ يناير ١٩٩١، وإذا ضبط هؤلاء مخالفة، قاموا بتحرير محضر بذلك، ويرسل هذا المحضر إلى النيابة العامة، التي يمكنها تحريك الدعوى أمام المحكمة الجنائية. وقد لا تكون هناك حاجة إلى ذلك في معظم الحالات، وهنا تقتصر مهمة رجال الإدارة المذكورة على التنبيه الشفهي، ويكون هذا كافياً لحمل المهني على جعل منتجاته مطابقة للتنظيم القانوني، وبهذا يعظم الطابع الوقائي للنظام».
راجع: د. حمد الله محمد حمد الله، مختارات من قانون الاستهلاك الفرنسي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ١٥ وما بعدها.

(٣٥) راجع نص المادة (L. 121 - 19) من تقنين الاستهلاك في الفقرة التي تقرر هذا الاستثناء كما يلي:
11-« les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux services fournis en une seule fois au moyen d'une technique de communication à distance et facturés par l'opérateur de cette technique à l'exception du 3o».

الخاص بالمؤسسة التي ستورد هذه الخدمة حتى يمكنه أن يقدم إليها الشكوى فيما لو تبين شيئاً ما عند تطبيقها من جانبه[٣٦].

المطلب الثاني

ضمان عدم إذعان المشترى (المستهلك) لشروط تعسفية

٢٣- نتج عن الحرية الكاملة للإرادة ظهور عقود الإذعان، بسبب غلبة القوة الاقتصادية لأحد أطراف العقد على الآخر، ورغم تصدى المشرع لغلوائها[٣٧]، إلا أن عقود الاستهلاك في الوقت الراهن – ومنها عقد البيع الالكتروني – ليست إلا نتاج تعسف المهني (أو المحترف) في استغلاله لحاجة المستهلك (أو المشترى) كما هو الأمر في عقود الإذعان[٣٨].

---

(36) 3o: l'adresse de l'etablissement du fournisseur où le consomateur peut présenter ses réclamations.
V. Art. (L. 121 – 19) c. concom.

(٣٧) انظر على سبيل المثال نص المادة ١٤٩ مدني مصرى التي تقرر أنه: «إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان يتضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط، أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضى به العدالة. ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك».
وبناءً عليه: فإن عقد الإذعان وفقاً لتقليديته هو – كما يقرر جانب من الفقه: «العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلى، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها».
راجع: د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، ١٩٧٤، ص ١٢٠.
وعند الفقيه: STARCK، أن سبب تراجع مبدأ سلطان الإرادة يرجع إلى التعسف في الحرية التعاقدية، الذي يصدر في الممارسة عن الأقوياء اقتصادياً لاستغلال الضعفاء.
V. STARCK (B.): Droit civil – Obligations, Éd. librairies techniques, 1972, p. 346.
والواقع أن العبارة ينبغي –في رأينا– أن تكون «أنه بسبب الحرية التعاقدية المطلقة دون ضابط (سلطان الإرادة) وُجِدَ التعسف، مما يوجب على المشرع ضبط هذه الحرية في إطار تحقيق العدالة العقدية.

(٣٨) ففكرة «التعسف» في تصورنا هي السبب والمسبب في ذات الوقت في عدم التوازن العقدي، وغياب العدالة العقدية، بل وعلى العكس – مما يقال عن مبدأ سلطان الإرادة – يعد تعسفياً كل شرط يتضمنه العقد ناتجاً عن إرادة واحدة في ظل غياب إرادة الطرف الآخر، رغم أن منشأ هذا العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، فأين التوافق؟

٢٤- فماذا عن التصور التشريعي لتحقيق العدالة العقدية في مرحلة تنفيذ عقد البيع الالكتروني؟

بدأ في أوروبا ظهور العديد من التوجيهات التي قررت قواعد خاصة بتنفيذ هذا العقد رغم قلة عددها مقارنة بتلك المتعلقة بمرحلة تكوين هذا العقد...![٣٩].

وأهم هذه التوجيهات فيما يتعلق بتنفيذ عقد البيع الالكتروني تمثل في مرسومين هما:

أولاً: توجيه (٩٣ – ١٣ – CEE) خاص بالشروط التعسفية.

ثانياً: توجيه (٩٩ – ٤٤ – CE) خاص بضمانات للأشياء التي يحصل عليها المستهلك من طريق التعاقد عن بعد[٤٠].

وتضمن توجيه (٩٣ – ١٣ – CEE) – الخامس من إبريل سنة ١٩٩٣ – بنوداً تقاوم بصفة أساسية الشروط التعسفية في العقود المبرمة عن بعد بين المستهلكين والمهنيين، لدرجة اعتبره البعض واحداً من أهم المراسيم الخاصة بالقانون الخاص لأنه يواجه مضمون العقد[٤١].

---

(٣٩) راجع:
V. POILLOT (É.): Droit Européen de la consomation et uniformisation du droit des contrats: L. G. D. J. , 2006, no 265, p.134.

(٤٠) وغير هذين التوجيهين، لوحظ وجود مراسيم أخرى تتعلق بتنفيذ بعض العقود، كما يلي:
١- توجيه (٨٦ – ١٠٢ – CEE) الخاص بعقد القرض، في إطار حماية المستهلك في مادة التعاقد عن بعد.
٢- توجيه (٢٠٠٢ – ٦٥ – CE) الخاص بالتسوق التجاري عن بعد ويتعلق بالخدمات المالية للمستهلك.

(٤١) راجع:

٢٥- وبسبب كثرة التوجهات، فسوف نحاول إبداء ملاحظاتنا حول مسألة الشروط التعسفية، في خصوص نصوص قانون الاستهلاك الفرنسي كما يلي:

أولاً: تمثل دائماً هذه التوجيهات الأوروبية، عقبة أمام نصوص القوانين الداخلية للدول الأعضاء في الاتحاد(٤٢) ومهما يكن من أمر، فإن الصياغة الجديدة لنص المادة (L. 132 - 1) من تقنين الاستهلاك الفرنسي تقرر بصدد بيان مصادر الشرط التعسفي أنه: «تعتبر تعسفية في العقود بين مهنيين وغير مهنيين أي مستهلكين الشروط التي تنشئ اختلالاً في التوازن بين حقوق والتزامات، المهني والمستهلك وترتب أضراراً لهذا الأخير»(٤٣).

ومن ثم، اعتمد المشرع الفرنسي في صياغته الجديدة لنص المادة المذكورة على المعيار الجديد للتعسف والمتمثل في عدم التوازن ذي المغزى، أي الذي

V. GHESTIN (J.) et MARCHESSAUX (I): «l'élimination des clauses abusives en droit français à l'épreuve du droit communautaire». Rev. eur. dr. consomm. 1993, no 2, p. 68. ;HONDIUS (E.): «La directive sur les clauses abusives et les États membres de l'Union européenne» in la protection de la parti fiable dans les rapports contractuels, sous la dir. de GHESTIN (J.) et FONTAINE (M.), L. G. D. J. , p. 591 ets. spéc p. 593.

(٤٢) وبرهان ذلك في التوجيه الذي نحن بصدده، ما قررته مادته الأولى من أن معيار التعسف هو «عدم التوازن ذي المغزى». «déséquilibre significatif» على خلاف ما كانت تقرره المادة (L. 132 - 1) من تقنين الاستهلاك الفرنسي – في صيغتها الملغاة – فإن المعيار هو «التفوق المفرط» أو «الغلبة الزائدة عن الحد لأحد أطراف العقد على الآخر». «avantage excessif» راجع: التقنين المدني الفرنسي، ونص المادة (L. 132 - 1) «الملغاة»، ص ١١٢١ من التقنين.

(٤٣) أنظر نص هذه المادة في مضمونها الجديد كما يلي:

«Dans les contrats conclus entre professionnels et non – professionnels, ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au detriment du non – professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significant entre les droits et obligations des parties au contrat».

V. Art. (L. 132 – 1) [l. no 95 – 96 du 1er. 1995] C. cons.

يظهر في وجود اختلال في التوازن بين حقوق والتزامات المهني والمستهلك، ومن شأنه الإضرار بهذا الأخير.

ثانياً: في حالة النزاع بين المهني والمستهلك بصدد أي شرط تعسفي، فبداءةً يتضمن هذا القانون ملحقاً يضم قائمة بيانية – أي ليست على سبيل الحصر – بالشروط التي يمكن أن تعتبر تعسفية إذا توافقت مع ما أوردناه في الملاحظة الأولى من نص المادة المذكورة.

ورغم ذلك، فلا يعفى المستهلك من عبء إثبات الطابع التعسفي للشرط المتنازع بصدده(٤٤).

ثالثاً: إن ثمة صعوبات بالغة في إثبات الطابع التعسفي للشرط المتنازع بصدده بالنسبة للمستهلك، ذلك أن إثقال كاهل هذا الأخير بهذا العبء يمكن تبيانه بسهولة في ظل خصوصية تكون عقد البيع الالكتروني(٤٥) هذا من جانب.

ومن جانب آخر، فإن تقدير القضاء لطابع الشرط التعسفي لن يكون في ضوء ما قررته لجنة تبيان الشروط التعسفية، بل سيكون تطبيقاً للضوابط التي قررتها المادة (L. 132 - 1) من تقنين الاستهلاك الفرنسي والتي توجب على القاضي تقدير وجود التعسف من عدمه دونما إخلال بقواعد التفسير الواردة في

(٤٤) انظر نص المادة (L 132 -1) من تقنين الاستهلاك الفرنسي كما يلي:
«En cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le demandeur n'est pas dispensé d'apporter la prevue du caractère abusif de cette clause».

(٤٥) راجع: البحث الخاص بنا «حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني – في مرحلة تكون العقد»، مرجع سابق، ص (١٧٧) وما بعدها

الشريعة العامة في التقنين المدني(٤٦)، مما يحتم الرجوع إلى الظروف التي تم فيها إبرام العقد، ومجمل الشروط الواردة في العقد ساعة إبرامه، فضلاً عن القياس على شروط عقد آخر وقتما يكون ثمة ارتباط بينه وبين العقد المتنازع بصدده، مادام أن تنفيذها مرتبط بحيث يتوقف أحدهما على الآخر(٤٧).

رابعاً: فيما يتعلق بتقدير الطابع التعسفي للشرط يُؤْخَذُ في الحسبان – في ضوء فهم المعنى المراد في الفقرة الأولى من المادة (L. 132-1) – بأن لا يكون هذا الشرط متعلقاً بتحديد المهني (أو الموجب الأصلي) للعقد، ولا بملائمة الثمن الخاص بالمبيع، أو المقابل المالي المقدر لقاء الخدمة المقدمة(٤٨).

خامساً: يجد هذا النص – المادة (L. 132 - 1) من تقنين الاستهلاك – نطاق تطبيقه بصرف النظر عن شكل العقد أو دعامته.

(٤٦) ولاسيما نصوص المواد من ١١٥٦ إلى ١١٦١ مدني فرنسي، وكذلك كل من المادتين ١١٦٣ و ١١٦٤ مدني فرنسي.

(٤٧) وهذا ما ورد بصريح اللفظ في نص المادة (L. 132 - 1) من تقنين الاستهلاك الفرنسي. ونجتزئ منها ما يلي:

«Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 á 1161, 1163 et 1164 du code civil, le caractère abusif d' une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat».

«il s'appréci également au regard de celle contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre».

(٤٨) أضيفت هذه الفقرة إلى المادة المذكورة – (L. 132 – 1) – بمقتضى المرسوم رقم ٢٠٠١ – ٧٤١ في ٢٣ من أغسطس سنة ٢٠٠١ م.... وراجع نصها كما يلي:

«L'appréciation du caractère abusife des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la difinition de l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert».

L. (132 - 1) c. consom. [ord. 2001 – 741 du 23 août 2001].

سادساً: يظل العقد سارياً في مجال تنفيذه بكل شروطه غير المعتبرة تعسفية، مادام أنه من الممكن بقاؤها بدون أي شرط قد يقدر القضاء اتسامه بالطابع التعسفي، ولا يؤثر بالضرورة في بقاء العقد وتنفيذه.

مع مراعاة أن أحكام هذا القانون (تقنين الاستهلاك) متعلقة بالنظام العام.

سابعاً: وأضيف إلى المادة المذكورة (L. 132 - 1) من تقنين الاستهلاك فقرة في غاية الأهمية، وقد تكون في غير مصلحة المستهلك، ومضمونها، أنه لا يملك القاضي كذلك تقدير الطابع التعسفي من عدمه، للشروط التي يتم كتابتها في العقد – بين المهني والمستهلك – بطريقة « واضحة » « Claire» و«مفهومه» «Compréhensible»(٤٩).

المطلب الثالث
حظر بيع الأدوية والمنتجات الصيدلانية عبر الإنترنت

٢٦– في ضوء غايات الهدف الحمائي من تقنين الاستهلاك بمراعاة كل المستهلكين قبالة المهنيين وبالأخذ في الحسبان الأبعاد الاجتماعية والثقافية والاقتصادية لكل المنتجات بما فيها المنتجات الصيدلانية « de produits pharmaceutiques ».

فإن المستهلك إذا لم تراعِ حقوقه بصدد منتج قد اشتراه عبر الإنترنت، فقد لا يخسر إلا دراهم معدودة، أما إذا ما كان هذا المنتج دواء – وكما يشهد الواقع

(٤٩) تم إضافة هذه الفقرة بمقتضى المرسوم التالي: .V. Ord. no 2001 – 741 du 23 août 2001 وأصبح نص المادة (L. 132 – 1) من تقنين الاستهلاك الفرنسي يتضمنها.

المعاصر من تهافت المستهلكين على شراء المنتجات الصيدلانية التي تنقص الوزن أو تعالج الصلع أو تقوى الصحة البدنية أو النفسية أو...الخ....؟ - فإن ما يراهن عليه تقنين الاستهلاك هو حياة المستهلك ذاتها.

فكيف يضمن المشرع مراعاة ضوابط شراء الأدوية وفق ما ينص عليه تقنين الصحة العامة، من قواعد وأدبيات تنطبق على الأطباء والصيادلة في خصوص العلاج؟

الواقع أن التحليل القانوني للمسألة ينطوي على إشكالية أبعد غوراً من تقنين الصحة العامة نفسه[٥٠].

٢٧- ومن الضوابط الهادفة إلى حماية المستهلك قانوناً، ما يتعلق ببيع الأدوية أو المنتجات الصيدلانية على وجه العموم عبر الإنترنت. فماذا فعلت المراسيم والتوجيهات الأوروبية في هذا الصدد؟

بداءةً، لم يستبعد المرسوم الأوروبي عمليات البيع والشراء للأدوية عبر الخط، كل ما في الأمر أنه سمح للدول الأعضاء في الاتحاد، بأن تقرر كل منها إذا ما رغبت في ذلك بحظر تداول بعض الأدوية أو منع كامل ونهائي لهذا التداول لها عبر الإنترنت، في إطار المعاملة بالمثل فيما بينها، ولأسباب تتعلق بالحفاظ على الصحة العامة.

(٥٠) ولم توافق اللجان التي تم تشكيلها لبحث مسألة بيع الأدوية والمنتجات الصيدلانية عبر الإنترنت على ذلك.
V. La réponse de la commission sur le commerce illicite de médicaments via l'internet: Rép. Bangemann, JOCE 21 oct. 1998, no C 323, p. 34; voir également en complément, Rép. Bangemann, JOCE 8 avr. 1999, no C 96, p. 46.

ومن الجدير بالذكر، أن فرنسا لم تستخدم هذه التوصية، على سند مـــن أن بيع الأدوية والمنتجات الصيدلانية على وجه العموم شأنه شأن كل البيوع التي تتم عبر الإنترنت، وسيجد تقنين حماية المستهلك مجال تطبيقه بصدددها(٥١).

٢٨- وقضى بأن بيع الأدوية عبر الإنترنت لا يعد ملائماً مـــع الشـــروط العامة في العقد، وأن هذه التجارة بالذات لا تسمح للمهني بترتيب نتائج محددة، فالنصيحة الطبية لا يمكن أن تعطى في الحال، فالأمر دائماً في المجال الطبي في حاجة إلى وقت للإجابة، وفى هذا النطاق، فلا يمكن أن تعطى «الوصـــفة الطبية» أو النصيحة إلا كشواهد لها دلالات ومعـــالم معينـــة دون أن يكـــون المستهلك مدركاً لحقيقة يمكن أن تحدث، فضـــلاً عـــن أن تحديـــد متطلبـــات المستهلك الحقيقية لا يتيسر تباينها، فالتعاقد بينه وبين المهني لا يكون موحيـــاً بوجود الطابع الشخصي، ولكنه يمر عبر لسان حال الصور الثابتة عبر شاشة الحاسب الالكتروني(٥٢).

٢٩- ويمكننا أن نستنتج من دلالات هذا القضاء أن الالتزام الذي يقع على عاتق المهني بالنصيحة قبالة المستهلك، تبدو بالضرورة عدم كفايته وقتما يـــتم بصدد بيع لأدوية أو منتجات صيدلانية تتعلق بصحة الإنسان من خلال البريد الالكتروني أو عبر شاشات الإنترنت من طريق الحاسب الالكتروني، بســـبب

---

(٥١) راجع:
V. VERBIEST (TH.): op. cit. no 188, p. 91.

(٥٢) راجع:
V. CA versailles, 2 déc 1999, société fabre Demo – cosmétiques C/B.: D. affaires 2000, p. 92 note. MANARA (C.).

عدم مراعاة الجانب الشخصي في مضمون هذا الالتزام ولاسيما في المجال الطبي[٥٣].

٣٠– وقد أعلن المجلس الوطني لنقابة الأطباء في فرنسا محذراً الأطباء، بأن المبدأ العام هو عدم جواز الاستشارات الطبية من قبلهم لمرضى عبر الخط، لأن في ذلك تجاهلاً لأصول المهنة التي توجب الصلة المباشرة بين الطبيب والمريض، وخرق لما هو واجب من ضرورة فحص الطبيب للمريض ومتابعة حالته في عيادته الخاصة أو في مستشفى، وأن التطور التكنولوجي مازال مفتقراً إلى تعويض هذه الخصوصية في علاقة الطبيب بالمريض[٥٤].

ومن باب أولى، لا يجوز مطلقاً بيع الأدوية أو المنتجات الصيدلانية عبر الإنترنت.إلا ما يتم التصريح ببيعه منها وفقا للضوابط القانونية التي تحددها وزارة الصحة في هذا الصدد.

---

(٥٣) فالقضاء لم يستبعد إمكانية التحاور dialogue عبر الخط أي من خلال وسيط الإنترنت إلا أن تنفيذ هذا الالتزام (أي الالتزام بالنصيحة) ينبغي أن تكون له دلالة خاصة فيما يتعلق بالمنتجات الصيدلانية بالذات، فكيف نضمن بأن التخاطب – رغم عدم كفايته – يتم من قبل متخصصين كالأطباء والصيادلة وكيف يتم أخذ «عينات» من «دم»... الخ.... للفحص؟!
راجع في هذا المعنى: V. VERBIEST (TH.): op. cit. no 197, p. 95.

(٥٤) وتم ذلك في أكتوبر سنة ٢٠٠٠ بخصوص «الاستشارة الطبية عبر الخط»
«La consultation médicale en ligne».
V. Exercie de la médecine et internet, rapport adopté lors de la session du 30 juin 2000.

المبحث الثالث
ضمان حماية المشترى في وفائه بالثمن

٣١- يلتزم المشترى بدفع الثمن النقدي(٥٥) المتفق عليه في عقد البيع الالكتروني، وما يلحق به من فوائد في زمان ومكان معين(٥٦).

ولما كان الثمن يجب أن يدفع نقداً فمقتضى ذلك أن يحصل المشترى على دليل على الوفاء به في الوقت الذي يتم فيه تسليم المبيع(٥٧). ولما كان البيع يتم من الطريق الالكتروني، فتظل طريقة الوفاء بالثمن من خلال الطريق الالكتروني كذلك. ومن ثم ينبغي من خلال الإنترنت أن نضع في حوزة مستخدميه من المشترين طريقة للوفاء تسمح لهم بدفع الثمن النقدي عن بعد،

(٥٥) «ماهية الثمن»: هو المقابل النقدي المتفق عليه في العقد صراحة سواء أكان أكثر، من القيمة أو أقل أو مساويا لها «والقيمة» هي ما يساويه الشيء بين الناس، أي في الأسواق وعرف التجار أو أهل الخبرة.
ويجب أن يكون الثمن من النقود، وهذا وصف جوهري في الثمن يجب أن يذكر في العقد، ولذلك ذكره المشرع المصري في المادة (٤١٨) من التقنين المدني، لأنه هو الذي يميز بين البيع والمقايضة.
أما في الفقه الإسلامي: فيتحدد البيع بأنه مبادلة مال بمال، ليتسع هذا التحديد شاملاً المقايضة والصرف راجع: د. سليمان مرقس، ود. محمد على إمام، المرجع السابق، بند ١٢، ص ٢٣.

(٥٦) وتنظم المادتان ٤٥٦ و ٤٥٧ من التقنين المدني المصري كل ما يتعلق بالوفاء بالثمن من قبل المشترى.
وتقرر المادة (١٦٥٠) من التقنين المدني الفرنسي بأن «الالتزام الرئيسى الذي يقع على عاتق المشترى هو دفع الثمن في اليوم والمكان المحددين في البيع».
«La principale obligation de l'acheteur est de payer le prix au jour et au lieu réglés par la vente».

(٥٧) راجع: د. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص ٣٢٩. وبسبب وجوب أن يكون ثمة تنفيذ متعاصر لالتزامات كل من البائع والمشترى قضى بأن: «دون وجود اتفاق خاص، فإن التزام المشترى بدفع ثمن المبيع ينشأ عن تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع تسليما تاماً».
«Sauf convention particulière, l'obligation pour l'acheteur de payer le prix de la vente resulte de l'exécution complète par le vendeur de son obligation de délivrance».
V. Cass. civ. 1er 19 nov. 1996 jcp 1997، 11، 22862, note: Huet (J.).

وفى الحال، كمقابل للمنتج أو للسلعة أو للخدمة وهو ما اصطلح على تسـميته: «الدفع عبر الخط» «paiement en ligne»(٥٨).

واستعمال الكارت البنكي la carte bancaire كوسيلة للدفع يظل مصدراً للقلق والريبة لدى الغالبية العظمى من مستخدمي الإنترنت خشـية اخـتلاس الـرقم الخاص بهم أثناء نقل المعلومات الخاصة بالكارت(٥٩).

٣٢- وبالتدبر في المعطيات السابقة، ورغبة فـي تـأمين عمليـة الـدفع الالكتروني، فسوف نقسم الدراسة إلى فكرتين، تتناول الأولى طرق الدفع عبر الخط، وفى الثانية القواعد الوقائية التي تكفل الوفاء الصحيح، كما يلي:

المطلب الأول: وسائل الدفع عبر الخط.

المطلب الثاني: ضمانات تكفل الوفاء الصحيح.

---

(٥٨) راجع: V. TORRÈS (CH.): thèse précité no 234, p. 87.
«والذي رصد في رسالته ظاهرة الدفع عبر الخط منتهياً إلى نتائج دراسة هذا الموضوع وهي أن ثمة ما يقرب من ٢٥% من مستخدمي الإنترنت في فرنسا قد نفذوا في سنة ١٩٩٨ عملية الشراء عبر الخط، أي من طريق الدفع عبر الخط، وأن نسبة ٤٧% منهم يفضلون طريقة الدفع بواسطة الشيكات، وأن ٢٥% منهم يفضلون طريقة الدفع بواسطة الكارت البنكي (وهؤلاء كانوا يمثلون نسبة أقل في سنة ١٩٩٧، حيث كانوا ١٥% فقط)، وأن نسبة ٢٥% يفضلون طريقة «المحفظة الإلكترونية» «la port monnaie électronique»..

(٥٩) راجع:
V. Etude Médiangles 1997, l'observatiore du commerce électronique, p. 92.
ولعل هذا ما دفع الأستاذ: VERGNES بصفته «رئيساً للميكروسوفت في أوروبا»
«président de Microsoft Europe»
أن يعلن في مقال له نشرته جريد le Figaro الاقتصادية بتاريخ ٨ من يناير سنة ١٩٩٦ أن الخشية والقلق من استخدام الكارت البنكي في تسوية المعاملات الإلكترونية عبر الإنترنت تجد مصدرها في عدم العلم بالمعلومات الكافية عن المسألة، فثمة تدابير يتم اتخاذها لتأمين بقاء سرية الرقم محفوظة.
V. M. C. R. , Paiement: internet plus sur que le minitel, le Figaro économie du 8 janvier 1998.

المطلب الأول
وسائل الدفع عبر الخط

LES PROCÉDÉS DE PAIEMENT «EN LIGNE»

٣٣- توجد ثلاث وسائل للدفع عن طريق الإنترنت وهى: الدفع بواسطة الكارت البنكي، ثم وجود التشفير البسيط، ثم التشفير المتفاعل من طريق وسيط بين بنك كل من البائع والمشترى[٦٠].

أولاً: «استخدام الكارت البنكي»: «l'utilisation de la carte bancaire»

يبدو للبعض أن وسيلة الكارت البنكي من أكثر الوسائل ملائمة للدفع عبر الإنترنت[٦١].

وهي في رأى فقهي: ما يصدر في شكل معطيات إلكترونية للثمن النقدي بما يتلاءم مع صور استعماله[٦٢].

---

(٦٠) وفى بدايات استخدام الإنترنت كسوق الكتروني لبيع المنتجات والخدمات، كان المشترون يفضلون وسيلة الشيك، ووصلت نسبةٍ مستخدميه آنذاك إلى أكثر من ٤٧% بالنسبة للمشتريات التي تزيد عن ٥٠ فرنك (اليورو حالياً).

V. P. C, Des acheteurs encore très masculine et qui préferent payer par chéque, la tribune du 1er octobre 1998.

غير أن هذه الطريقة التقليدية وإن كانت تحقق الأمان للمشترى، إلا أنها تؤدى إلى التقليل من حجم المشتريات على المواقع الفرنسية.

V. P. L. comment payer sur l'internet? planète internet, no 18, avril 1997.

(٦١) راجع:

V. TORRÈS (CH.): thèse précité, no 240, p. 89.

(62) «au moyen d'instructions de paiement émises sous forme de données électroniques à partir d'un terminal, à destination d'un centre server»

V. ESPAGNON (M.): le paiement d'une somme d'argent sur internet: évolution ou révolution du droit des moyens de paiement, JCP, G. 1999, doctrine, 1131.

٣٤- وقديماً، كان يتم استخدام هذه الوسيلة بطريقة مباشرة ما بين المشترى والبائع دون استخدام أية رمزية لرقم كارت المشترى البنكي، وكانت نسبة البيوع التي تتم باستخدام هذه الوسيلة تصل إلى ٢٥%[٦٣]، فالمشترى كان يدون رقم كارته البنكي كما هو، بطريقة غير مشفرة Non cryptée[٦٤] وكان التاجر الفضائي cybercommerçant يخزن هذا الرقم مباشرة في بطاقة، ثم يرسله إلى بنك المشترى لأجل الاقتطاع من حسابه بعد أن يكون المشترى قد قام باستيفاء الصيغة المقدمة من البائع (التاجر الفضائي) ويرسلها مباشرة عبر الإنترنت، وكان يتم تصويرها[٦٥].

ومن الثابت الآن عدم استخدام هذه الوسيلة غير الآمنة؛ لأن المشترى بمقتضاها يولى ثقته الكاملة في التاجر الفضائي بحسبانه لن يقتطع من حسابه مبلغاً نقدياً أعلى من المتفق عليه كثمن للمبيع[٦٦]، وماذا لو كان الثمن خادعاً؟ أو أن يفاجأ المشترى باقتطاع مبلغ كبير غير المتفق عليه بسبب الضرائب أو الرسوم أو المصروفات... الخ....[٦٧].

(٦٣) انظر في مصدر هذه الإحصائية:
V. Source institut d'etudes Médiangles, octobre 1998.

(٦٤) وأثيرت في فرنسا في هذا التوقيت العديد من القضايا بالنسبة للبيع عن بعد بسبب الاستخدام المزيف والاحتيالي للكروت البنكية فضلاً عن اصطناع أرقام وهمية.
V. CAPRIOLI (E.A.): les lignes directrices de L' O.C.D.E. régissant la politique de cryptographie, cahiers du lamy droit de l'informatique, no 92, mai 1997 (B), p. 1.

(٦٥) راجع:
V. REBOUL (P.): les systèmes de paiement électronique, internet professionnel, no 6 Février 1997.

(٦٦) راجع:
V. REBOUL (P.) et XARDEL (D.): Le commerce électronique, Eyrolles, 1997, p. 141.

(٦٧) راجع:
V. SEDALLIAN (V.): Droit de l'internet, réglementation, responsabilités, contrats, collection A. U. I. (Association des utilisateurs d'internet) éd. Net press. Janvier 1997.

فضلاً عن وجود «قراصنة» «pirates» يستخدمون الكيانات المنطقية فـي عمليات استلاب تقنى لأرقام الكروت البنكية(٦٨).

ومن ثم، فثمة خطر محدق يكمن في هذه الوسيلة التقليدية في الدفع، ثـم، ماذا لو لم يقم البائع بتنفيذ التزاماته، كيف للمشترى آنذاك أن يمتنع عن دفـع الثمن كتطبيق لحقه القانوني في الدفع بعدم التنفيذ(٦٩).

٣٥- وفى خطوة نحو تحقيق نوع من الأمان عمدت بعض شركات البيـع عبر الإنترنت إلى اجتذاب العملاء من طريق الاتفاق بينهم على أن الثمن لـن يقتطع من حساباتهم مباشرة إلا بعد وصول تأكيد كتابي منهم بالمبلغ الواجـب الوفاء به(٧٠).

(٦٨) راجع:
V. RUSSEL (S.): On a piraté ma carte bleue sur le Net, Netsurf, no 24, mars, 1998.

(٦٩) ومثال ذلك – كما يقرر جانب من الفقه وبحق – أن المشترى يستطيع أن يمتنع عن دفع الثمن إذا البائع – على خلاف ما تعهد به – يتطلب دفع الثمن دون أن يمكن المشترى من التحقق من البضائع المباعة. راجع: د/ نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص ٣٢٩.

(٧٠) راجع:
V. ANNEXE VIL: «Contrat d'acceptation en paiement à distance avec des cartes CB ou agréées» articles 3 – 8 et 3 – 9.
ومن الجدير بالذكر هنا التذكير بالتزام الموجب (المحترف) بتبصير المستهلك، حيث يجب إعلامه بالشروط العامة للعقد المراد إبرامه، وكل ما يتعلق بنماذج الوفاء بالثمن ووقت التسليم، والتنفيذ، والضمانات التجارية، وأن يكون وقت هذا الإعلام قبل التعاقد أو يشمله مضمون الإيجاب الصادر عن المهني عبر الموقع التجاري في الفضاء الالكتروني أي قبل تمام العقد.
راجع:
V. FALAISE (M.): Réflexions sur l'avenir du contrat de commerce électronique, les petites affiches, 7 août, 1998, no 94, p. 90
; ABELS (M.): le commerce sur internet moyens de paiements et risques afférents, Revue de droit des affaires internationals, 1998, no 3, p. 349.

وبعد، وجدت مبادأة أكثر ترضية للمشترين عبر الإنترنت، وهى أن أرقام الكروت البنكية الخاصة بهم لا يتم إرسالها إلا بطريقة رمزية crypté **(مشفرة)** ومن طريق وسطاء بين البنك والبائع والمشترى وهذا ما سوف نتناوله الآن.

ثانياً: طريقة التشفير البسيط من طريق الكيان المنطقي:

٣٦- يتم فعل الدفع هنا بمساعدة الكيانات المنطقية، حيث لا يوجد البائع والمشترى قبالة بعضهما البعض غير أنه تربطهما علاقة يوجدها الكيان المنطقي والاتصالات اللاسلكية(٧١).

ويقوم الكيان المنطقي من خلال تقنيات الترميز والتشفير cryptage بنقل المعلومات التي تسمح بأن تتم عملية الدفع عن بعد في أمان.

فيتم في هذه الطريقة كسابقتها استخدام رقم الكارت البنكي، ولكن من طريق وسيط إلكتروني، وبالطريقة الرمزية المشفرة، التي يتم فك رموزها وشفرتها عند المورد أو البائع من خلال البنك الخاص به، كما الأمر – كما يقرر البعض – في حالة المعاملة التي يتم تنفيذها في المحل التجاري مع نظام الدفع من طريق الكارت البنكي(٧٢).

وإن كانت هذه الوسيلة هي الأكثر انتشاراً عبر الإنترنت، إلا أن القراصنة لا يعدمون الوسيلة التي تمكنهم من القدرة على التعامل مع النصوص الرمزية

---

(٧١) راجع:
V. Conseil national du crédit et du titre (C. N. C. T.), Bilan et perspectives des moyens de paiement en france , Février 1996, p. 54.

(72) V. REMY (C.): Des paiements sans risque sur internet, l'entreprise, no 149, Février. 1998.

للرسالة الإلكترونية وتحديد مضمونها الحقيقي والعلم بالأرقام الحقيقية للكروت البنكية(٧٣).

ولذلك تطور نظام الدفع نحو إجراءات تبتغى الأمان للمشترى من طريق تطوير تقنيات التشفير بما يضمن عدم اختراقها، وذلك بالرقابة والضبط وقت سريان عملية الدفع عبر الإنترنت، وفحص الكتروني للأرقام حتى المشفرة، بما يخول هذا للمشترى الأمان المنشود(٧٤) وهذا ما سوف نتناوله الآن.

ثالثاً: طريقة التشفير المتفاعل مع بنك كل من البائع والمشترى بمعاونة مقدم الخدمة:

٣٧- ابتغاءً لتحقيق الأمان في نظام الوفاء بالثمن عبر الإنترنت لجأت العديد من الشركات إلى عملية التشفير مع بسط رقابة إلكترونية صارمة في متابعة الوفاء(٧٥).

فما على المشترى وهو أمام شاشة حاسبه الالكتروني إلا أن يقوم بتعبئة البيانات المميزة لكارته البنكي ثم يظهر له مفتاح، يقوم بنقره لتعيين البيانات التي

---

(٧٣) راجع:
V. REBOUL (P.) et XARDEL (D.): le commerce électronique, éd. Eyrolles, 1997, p. 141.

(٧٤) أنظر:
V. COSTES (L.): Transactions en ligne paiement électronique, galeries marchandes virtuelles…. Lamy droit de l'informatique bulletin d'actualité, no 97 (G), novembre 1997, p. 31.

(٧٥) راجع:
V. REBOUL (P.) et XARDEL (D.): Le commerce électronique, éd. Eyrolles, 1997, p. 141.

تم تشفيرها من قبل الشركة، ثم يعاود النقر بما يفيد قبوله، وعندئذ يتم إرسال هذه المعلومات والبيانات المشفرة إلى الشركة (مثال شركة SLIGOS وشركة SGE) وتقوم الشركة بعملية الفحص الالكتروني للبيانات لأجل التحقق من أن استخدامه لم يكن إلا من مالكه ثم تقوم بالتأكيد من أن رصيد حسابه يسمح بتغطية البيع[٧٦] هذا من جانب.

ومن جانب آخر، تستفسر الشركة في ذات الوقت وبالمثل عن صحة المعلومات والبيانات الخاصة بالتاجر الفضائي من طريق بنكه، لتتحقق من أنه لديه المعلومات الصحيحة عن عملية البيع وأنه يقبل الدفع الذي سيتم إجراؤه[٧٧].

وهكذا، نجد أن وساطة مثل هذه الشركات المتخصصة ما بين البائع والمشترى وبنك كل منهما تسمح بتحقيق أمان كامل لعملية البيع الالكتروني والدفع عبر الخط.

ذلك أن تقنيات بروتوكول التشفير المتطور SSL[٧٨]، تربط المعلومات والبيانات الخاصة بالكارت البنكي مثلاً بمفتاح يتكون من (٤٠) Bits[٧٩] ولا يتم

---

(٧٦) راجع:
V. TORRÈS (CH.): thèse précité, No 255, p. 94.

(٧٧) راجع:
V. TORRÈS (CH.): op. cit,
والذي يضيف بأن مقدم الخدمة يستخدم بروتوكول التشفير «المتطور من قبل Nescape».
Le protocole de cryptage SSL (Secure Sockets Layer).
وهذا البروتوكول، لا يتطلب تجهيزات من جانب المشترى، وهو يوفق بين الأمان المنشود والبساطة، فضلاً عن البعد العالمى له
V. REBOUL (P.) et XARDEL (D.): op. cit. p. 151.

(٧٨) راجع: الهامش السابق.

(٧٩) والـ (Bit) هو وحدة قياس المعلومة.

استيفاء الثمن من جانب البائع إلا بعد أن يتسلم الوسيط (مقدم الخدمة) شهادة منه ببيانات يتم التحقق منها، فضلاً عن أن كل البيانات والمعلومات لا تكون مخزنة عند التاجر (أو البائع) ولكن عند الغير (أي الوسيط أو مقدم الخدمة)[٨٠].

المطلب الثاني
ضمانات تكفل الوفاء الصحيح

٣٨- بسبب احتمالية الاحتيال والتدليس لاسيما في ظل نظام قيام المستهلك بالوفاء بالثمن عن طريق الكارت البنكي الخاص به، ولكثرة الوقائع الخاصة بالاحتيال باستخدام أرقام الكروت البنكية من غير أصحابها الحقيقيين، أوجبت المادة رقم ٨ من المرسوم (أو التوجيه الأوروبي) على الدول الأعضاء إيجاد القدرة على طلب إلغاء عملية الدفع في مثل هذه الحالات، وذلك بمناسبة العقود التي تتم عن بعد، ولم يتم تحديد إطار معين، مما يجعل هذه المادة سارية التطبيق على كل عقد يتم عبر الإنترنت، بما فيها عقد البيع[٨١].

Un bit est: «une unitée de mesure de l'information».

(٨٠) راجع:

V. COSTES (L.): op. cit, p. 31.

(٨١) راجع في هذا المعنى:

V. VERRIEST (TH.): op. cit. no 185, p. 89. qui disait: «l'article 8 se limite donc à l'utilisation frauduleuse de l'instrument de paiement du consommateur dans le cadre d'un contrat à distance et n'a en conséquence qu'un champ d'application limité, même s'il est certain qu'il vise les opérations réalisées sur l'internet».

والواقع أن استخدام الطرق الاحتيالية من طريق أرقام الكـروت البنكيـة، يصعب بصدده إثارة المسئولية وقتما لا يكون الفاعل معروفـاً، لاسـيما وأن عملية الدفع تتم بواسطة اتصال بسيط عبر الخط لرقم يظهر على الشاشة(٨٢).

ومهما يكن من أمر، فإن المشرع الفرنسي قد أوجد قانوناً يهدف إلى تحقيق الأمان في هذه المسألة، وتضمن التقنين الفرنسي المالي نصوص هذا القـانون الجديد، ومنها نص المادة (L. 132 - 4» «dudit code» والتي تقرر بأن مسـئولية صاحب الحق على الكارت البنكي لا تنعقد، إذا ما تم الدفع بمقتضـاه بطـرق احتيالية تدليسية عن بعد، دونما استخدام مادي لكارته(٨٣).

وبعد، سيتم نشر القسم الثاني وعنوانه" ضـوابط تنفيـذ البـائع المهنـي لالتزاماته في العدد القادم من المجلة رقم (٤١) بمشيئة الله تعالى.

---

(٨٢) راجع:
«Sur le régime juridique des paiements électroniques», voir. WERY (E.), Factures, paiements et monnaie électronique, litec, cité par: VERBIEST (TH.), op. cit. p 89.

(٨٣) راجع نص هذه المادة كما يلي:
«la responsabilité du titulaire d'une [carte bancaire] n'est pas engagée si le paiement contesté a été effectué frauduleusement, à distance, sans utilisation physique de sa part».